

# EL DERECHO INDÍGENA FRENTE A LA CULTURA JURÍDICA DOMINANTE

Óscar CORREAS

SUMARIO: *Resumen. I. De la existencia de sistemas jurídicos. II. Los sistemas jurídicos. III. El poder y la cultura jurídica. IV. La ciencia jurídica y la eficacia del sistema normativo. V. La Constitución mexicana.*

## RESUMEN

La supervivencia del derecho indígena en buena parte de América Latina constituye un ejemplo de lo que la sociología jurídica denomina “pluralismo jurídico”, es decir, un caso en que coexisten dos o más sistemas normativos. Esta coexistencia de sistemas normativos, en la medida en que se requiere de funcionarios para la interpretación y aplicación de sus normas, implica el fenómeno de la pluriculturalidad jurídica, es decir, de la coexistencia de diversas culturas jurídicas que permiten la pervivencia de los diversos sistemas. ¿Tiene algo que decir al respecto la *teoría general del derecho*? Este informe tiene por objeto mostrar que, contrariamente a lo que generalmente se escucha decir, la teoría de Kelsen sostiene que la validez de las normas tiene como condición la eficacia de las mismas, y que la validez de los sistemas en su conjunto tiene también como condición la eficacia de los mismos. Si aplicamos esta idea al caso del derecho indígena, resulta que, si sus normas son las eficaces, entonces son también las válidas. Pero si esas normas debieran ser válidas según la teoría, ¿por qué no se aplican o son desconocidas por el sistema jurídico dominante? Este artículo intenta mostrar que es la propia tarea de los juristas, principalmente la de los jueces, desarrollada conforme con su cultura jurídica, lo que permite la hegemonía de un sistema sobre otro y por tanto la dominación del sistema indígena por el hermético. Por otra parte, explora el artículo 4º de la Constitución mexicana y las posibilidades de que, al ser interpretado por

una cultura refractaria al pluralismo jurídico, resulte una norma inefectiva.

La expresión “derecho indígena” puede tener distintos sentidos. Para nosotros, exclusivamente en este trabajo, será el conjunto de textos que contienen normas efectivas en comunidades que mantienen, en grado variable, elementos culturales indígenas. Parece que, conforme con las informaciones de que disponemos, provenientes de los antropólogos, no existen ya, prácticamente, sistemas “indígenas”, sino conjuntos normativos en los que conviven normas precoloniales, coloniales y modernas. No obstante, dentro de los límites de estas líneas, la expresión “derecho indígena” es apropiada.

La preocupación que intentamos desarrollar tiene como centro la siguiente pregunta: ¿por qué el Estado, esto es, el sistema jurídico hegemónico, no consigue aceptar la presencia de otros sistemas jurídicos alternativos eficaces, por más de declaraciones que se hagan en favor de la legitimidad del reclamo indígena de respeto a sus normas?

## I. DE LA EXISTENCIA DE SISTEMAS JURÍDICOS

Kelsen lo ha dicho muchas veces, y parece haber sido aceptado por la teoría jurídica contemporánea: un sistema jurídico existe cuando es eficaz. Y lo es cuando la mayor parte de las normas que las integran, la mayoría de las veces, son efectivas.<sup>1</sup> Un sistema eficaz es *válido*. Y las normas que lo integran son válidas precisamente porque pertenecen a un sistema válido, que lo es por ser eficaz.<sup>2</sup>

Se presume que una norma es válida tan sólo cuando el sistema de normas, es decir, el orden al que pertenece esa norma, tiene realidad en los hechos hasta cierto grado; esto es, si las normas de ese orden son observadas en conjunto y por lo general.<sup>3</sup>

Esto remite al problema de la existencia —que para Kelsen es lo mismo que *validez*— de las normas. ¿Cuándo puede decirse que una norma existe? Se han dado varias respuestas.

1 Sobre la diferencia entre *eficacia* y *efectividad*, Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, Coyoacán, 1994.

2 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, pp. 201 y ss., en especial p. 224.

3 Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, FCE, p. 93.

Para algunos, una norma existe cuando es vivida como obligatoria por los jueces. Esto remite a la ideología de los funcionarios encargados de aplicar normas. Para otros, una norma existe cuando es efectivamente aplicada por esos funcionarios. Los puntos de contacto entre estas dos posiciones son fáciles de ver. En efecto, si los funcionarios las aplican, es porque las viven como obligatorias. De cualquier manera sí se percibe la diferencia: para unos se trata de la ideología de los funcionarios; para otros, de su conducta.<sup>4</sup>

Para Kelsen, las normas son válidas si cumplen estos requisitos: haber sido producidas conforme con una norma superior, ser efectivas en cierto grado y pertenecer a un sistema válido —que lo es por ser eficaz.

Puede verse que para la TGD, en cualquiera de estas variantes, que son las más prestigiosas, la existencia de las normas depende de su efectividad. O, dicho de otra manera, no hay normas que no sean efectivas al menos en un grado políticamente significativo.

Este problema es el conocido como *validez del derecho*. La pregunta es: ¿cuáles son las normas válidas? Y la respuesta de la TGD es: las que son efectivas (además de haber sido producidas conforme con la Constitución, según Kelsen). Y ¿qué quiere decir que son válidas? Ésta es una cuestión debatida. Para algunos, como Ross, el concepto de validez le sobra a la teoría jurídica. No cumple ningún papel. Lo que interesa saber es cuáles normas se aplicarían y no otra cosa, a la que parecería referirse la palabra “validez”. Para Kelsen, que una norma es válida quiere decir que *debe* ser aplicada. Y precisamente éste es nuestro problema: ¿cuáles normas *deben* ser las aplicadas cuando hay conflicto entre las del sistema indígena y el sistema dominante del Estado mexicano? Obsérvese que quienes descartan la necesidad de hablar de validez no pueden responder a este problema; sólo pueden contestar a la pregunta “¿cuál es el derecho que se aplica?” Pero no a la pregunta “¿cuál es el derecho que *debe* aplicarse?” Puede, ciertamente, decirse que este último problema no es científico sino político. Que al jurista no le interesa lo que el derecho *debe* ser, sino lo que es. De alguna manera esta objeción es razonable. Pero a nosotros no nos interesa si el problema que planteamos no

<sup>4</sup> Véase Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1974, pp. 29 y ss.; Pattaro, Enrico, *Elementos para una teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1985, pp. 230 y ss.

es científico y “cae” en la política. Lo que nos interesa es la defensa del derecho de los indígenas a aplicar sus propias normas.

Entonces, si la teoría dice que las normas que *deben* aplicarse son las que realmente se aplican, las efectivas, y no, por caso, las pretensiones del legislador que nunca llegan a tener efectividad, ¿por qué los funcionarios del Estado mexicano, en caso de conflicto, aplican las normas que no son efectivas en la comunidad indígena? ¿Se trata de que la teoría no sirve? ¿Se trata de que los jueces no saben la teoría del derecho? ¿Se trata de que se rebelan contra ella? ¿Se trata de que tienen consigna de resolver a favor de la validez del sistema hegemónico aun en contra de la teoría jurídica?

La TGD ha arribado a las conclusiones que hemos visto, adviértase, *en contra* de la ideología corriente entre los juristas formados en nuestras escuelas de derecho. En efecto, lo que se nos enseña es que el derecho vigente, el que se *debe* aplicar, es el producido por el gobierno. El que está expresado en las leyes escritas, en los códigos, en las recopilaciones publicadas por las editoriales comerciales, que son las que se usan en clase. Nunca, en las clases dogmáticas, se nos dice que los teóricos del derecho afirman otra cosa distinta. Es fácil ver por qué: las escuelas de derecho están al servicio del poder, y a éste le conviene que los funcionarios encargados de decir qué es derecho y qué no lo es, digan que lo es el que el gobierno quiere que sea. Y ésta es la razón por la cual los funcionarios, educados en esas escuelas de derecho, consideran “válidas” las normas dictadas por el poder al margen de cualquier especulación de la teoría jurídica. Con tales funcionarios, cada vez que haya colisión entre ambos sistemas jurídicos, triunfará el dominante (que lo es precisamente porque esos funcionarios le prestan su apoyo y la fuerza de que disponen).

## II. LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Las normas son válidas, o existen, cuando pertenecen a un sistema que es eficaz. Nadie se propondría siquiera el problema de saber si las normas del derecho romano son válidas: el sistema al que pertenecían no tiene ninguna eficacia. Pero ¿qué es lo que hace que un conjunto de normas sea ese “conjunto”, es decir, un *sistema*?

Como se sabe, la teoría jurídica ha respondido diciendo que constituyen un sistema todas las normas que pueden ser reconocidas por el uso de ciertas reglas, que, a su vez, son aceptadas sin que tengan que ser reconocidas por uso de otras reglas superiores.

En las comunidades indígenas, pero también en otras cuyos integrantes son mestizos o blancos, sucede el mismo fenómeno: sus miembros reconocen las normas que deben obedecer a partir de ciertas operaciones ideológicas aprendidas. Y saben perfectamente cuáles son sus normas y cuáles las que pretenden ser impuestas desde el exterior, desde el estado dominante.

Pues bien, tales comunidades, con todo derecho, ven al sistema dominante como nosotros vemos al sistema estadounidense. Y les produce la misma reacción que a nosotros el intento de sernos aplicadas normas extranjeras. Difícilmente haya quien defienda la acción del gobierno estadounidense en el caso del médico secuestrado en territorio mexicano y juzgado ante tribunales de su legislación. Pues bien, los indígenas están indignados con la aplicación de normas extrañas como nosotros lo estamos con exactamente la misma pretensión estadounidense.

Lo que estamos acostumbrados a considerar, es que existen, en México, muchos sistemas jurídicos; no uno solo. Aun cuando el sistema conocido como *Estados Unidos Mexicanos o República mexicana* sea el dominante, el hegemónico, el más poderoso, no es el único. Lo cierto es que sus normas no son efectivas en un gran número de comunidades indígenas. Y por ello constituyen comunidades jurídicas como la nuestra, con el mismo derecho a existir y a resistir las pretensiones extranjeras. No es posible seguirlo negando: si un sistema jurídico existe porque es eficaz, y lo es porque sus normas son efectivas, entonces las comunidades indígenas constituyen sistemas jurídicos. Y, extremando las cosas, si, como dice Kelsen, el Estado no es otra cosa que el orden jurídico, tenemos que el pluralismo jurídico implica pluralismo estatal. Hay varios estados en el territorio al sur del Río Grande y al norte del Usumacinta, aun cuando uno de ellos sea el hegemónico.

Bien, pero ¿por qué eso es tan difícil de aceptar? Y, como consecuencia, ¿por qué es imposible que los funcionarios entiendan que si las normas válidas son las efectivas, si son efectivas las del derecho indígena y no las del dominante, las que *deben* aplicar son las del primero y no las del segundo?

### III. EL PODER Y LA CULTURA JURÍDICA

No estamos acostumbrados, los juristas, a considerar suficientemente la contribución que nuestra cultura y nuestra ciencia hacen al ejercicio del poder. Y no estamos acostumbrados, precisamente porque nuestra cultura consiste en la elisión del problema del poder en el entrenamiento “científico” adquirido en la facultad de derecho.

#### 1. *El positivismo jurídico y la validez de las normas jurídicas*

Es más o menos común oír que el positivismo sostiene que las normas son válidas por el solo hecho de haber sido producidas por un funcionamiento autorizado por una norma superior, y siempre que haya seguido el procedimiento establecido por la Constitución para la creación de normas. Esto no es así. La TGD no sostiene eso, como hemos visto.

Y si alguien pretende que con esto se entrega el reconocimiento de las normas jurídicas en brazos de la *sociología jurídica*, hay que decir que en efecto así es: el reconocimiento de una norma como jurídica depende del reconocimiento del sistema al que pertenece como eficaz, lo cual a su vez requiere, para su comprobación, de alguna forma de observación sociológica. Es decir: un científico del derecho reconoce una norma como jurídica, porque reconoce como eficaz el sistema al que pertenece esa norma.

#### 2. *Jurista interno y jurista externo*

Ahora bien, ese jurista puede actuar como el antropólogo (le llamaremos aquí jurista “externo”) que no cumple una función social en la comunidad observada, o bien puede actuar como lo hacen los juristas (“internos”) en la sociedad contemporánea en tanto que profesionales del reconocimiento del derecho que “debe” aplicarse. Cuando actúa como esto último, el jurista interno, al reconocer una norma como válida, esto es, como debiendo ser aplicada bajo amenaza de sanción si así no sucede, reconoce la legitimidad de la autoridad del funcionamiento que la dictó y le presta el apoyo de su ciencia cuya objetividad, en tal caso, queda comprometida.

El jurista interno reconoce esa autoridad utilizando reglas de reconocimiento que le son inculcadas en el momento de su for-

mación. Esas reglas no coinciden necesariamente con las que utiliza el jurista externo. La formación académica del jurista constituye su cultura jurídica.

Pero también existe un jurista interno del sistema indígena, que es el encargado de decir cuáles son las normas aplicables, y, frecuentemente, aplicarlas fundando en ellas una resolución. La formación no académica del funcionario del sistema indígena constituye, también, su cultura jurídica. Los juristas externos de este sistema son los antropólogos y, en menos medida, los sociólogos.

Ambos juristas, el interno y el externo, tienen distinta función social. El interno forma parte del fenómeno que describe puesto que el sistema jurídico es eficaz, entre otras cosas, porque precisamente el conjunto de esos juristas cumple la función social de decir cuáles son las normas válidas, con lo cual las hace eficaces y por lo tanto *produce* la condición de la validez que proclama. Puede decirse que el discurso jurídico tiene el efecto performativo de la construcción de la eficacia del sistema normativo. En cambio, el jurista externo tiene como objeto de observación a todos los elementos que constituyen la eficacia del sistema, entre los cuales está la práctica de los juristas internos.

### 3. *La función de la teoría y la ciencia jurídicas*

Otra cosa que es necesario tener cuidadosamente en cuenta, es que la TGD puede bifurcarse en dos tendencias: la de quienes pretenden que la teoría solamente proporciona conceptos para describir normas y no proporciona en cambio consejos para aceptar normas, y la de quienes aceptan como posible que una teoría proporcione no sólo conceptos para describir objetivamente las normas válidas, sino también elementos para aceptar normas. La primera sería la postura de quienes pensarán que la ciencia jurídica es una que realizan sólo los juristas externos, mientras que la segunda sería la de quienes pensarán que es una ciencia para ser practicada por los juristas internos.

Es decir, esta teoría podría suponer que quien la usa para describir normas, lo hace desde un punto de vista “externo”, desde “fuera” del sistema jurídico, o bien podría suponer que quien la usa lo hace para practicar el derecho con el objetivo de lograr la producción de ciertas y no otras resoluciones por parte

de los encargados de producirlas. Esta teoría trataría, según la primera posición, de explicar cómo actúan los que reconocen las normas y, en su caso, criticar su método. Según la otra posición, la teoría serviría para decirles cómo *deben* hacer para reconocerlas o aplicarlas.

Y si se pregunta a esta teoría por qué los juristas reconocen las normas que dicta el Estado y no, por ejemplo, las de comunidades indígenas (pero vale lo mismo para cualquier forma no estatal o paraestatal de grupos), la teoría se vería obligada a contestar diciendo que los juristas son educados para ello. La educación que reciben esos juristas constituye, precisamente, uno de los elementos de la eficacia del sistema en su conjunto. Lo que los juristas hacen es, al reconocerlo, darle eficacia a ese sistema por encima de cualquier otro. Porque si ningún jurista, ningún profesor de derecho reconociera, ninguna facultad de derecho enseñara a reconocer, como derecho, a las normas producidas por funcionarios en violación de las normas de las comunidades indígenas, ¿cómo justificarían esos funcionarios su actividad violatoria de esas normas? Obsérvese que si los miembros de la Suprema Corte hubieran sido educados en reconocer como derecho las normas producidas por las comunidades de base, la única manera de someter a éstas, sin el apoyo ideológico que le prestan esos jueces, sería la fuerza antijurídica, ilegítima. Póngase de esta manera: si ningún jurista aceptara jamás ser juez o funcionario de un gobierno dictatorial, ¿cómo se las arreglarían los dictadores para gobernar un Estado moderno? Es decir, la actividad de los juristas internos *constituye* la eficacia del sistema jurídico de cuyas normas dicen que son válidas.

Dicho de otra manera: para ejercer el poder, para constituirse en grupo hegemónico, es necesario lograr la efectividad de las normas que se dictan, y por tanto la eficacia generalizada del sistema normativo que legitima el poder de quien produce esas normas. La eficacia propia del sistema jurídico consiste en la permanencia del grupo dominante como tal grupo que domina. Pero para ello precisa hacer efectivas las normas que integran ese sistema. Lo cual obliga a disponer de un cuerpo de funcionarios dedicados a hacer efectivas las normas y eficaz el sistema. Y las normas son efectivas porque son aplicadas por esos funcionarios. Pero para que éstos las apliquen deben saber reconocerlas e “interpretarlas” conforme resulta funcional para la eficacia del

sistema. Y “saber” reconocerlas implica una cultura específica que debe ser producida a través de una educación especializada. Esto es lo que sucede en la facultad de derecho: la introyección de una cultura y el aprendizaje de una técnica interpretativa. Sin ello no hay efectividad de normas y por tanto eficacia del sistema; sin lo cual, a su vez, no hay permanencia en el poder.

La función de la ciencia jurídica pasa inadvertida porque hay dos actos lingüísticos de reconocimiento del derecho. El primero sucede cuando un funcionario obedece una norma dictada por su superior; en ese momento produce un acto lingüístico que puede o no ser seguido de una acción visible que le otorga a la misma su efectividad. Por ejemplo, esto sucede cuando un juez tiene por válida una norma y la *usa* para fundar una sentencia. Ese *uso* de la norma por el funcionario autorizado por ella misma es uno de los muchos actos de obediencia que le otorgan efectividad a esa norma.

El segundo acto lingüístico sucede cuando el científico del derecho produce el reconocimiento de esa norma como válida porque la observa eficaz. Por ejemplo, esto sucede cuando un profesor de derecho civil, que conoce y acepta la TGD, enseña cuáles son las normas que integran el código vigente. Y sabe cuáles son esas normas porque sabe que son efectivas conforme con su experiencia, y sabe, por otra parte, que el sistema jurídico al que corresponde el código es un sistema eficaz. Si sólo observara la producción de un discurso normativo pero no su obediencia, diría que la norma no es válida por inefectiva (obsérvese que nos colocamos en el supuesto de que el jurista conoce y aplica la TGD, lo cual no corresponde con nuestra experiencia: sabemos que la mayoría de los juristas, ni conocen ni aplican la TGD). La TGD habría sido utilizada en el segundo discurso; no en el primero. El primero es *objeto* de la ciencia fundada en esa teoría. En efecto, la mal llamada “ciencia” jurídica, la que practica el juez o el abogado, es un discurso que es estudiado por la TGD y que, además, *debería* sujetarse a los cánones propuestos por la teoría. Y puesto que en realidad no lo hace, decimos que es una *seudociencia*. Puede observarse desde ahora el asunto al que le apuntamos: la llamada ciencia jurídica, la que practica el jurista interno común, es lo que le permite reconocer las normas que usa; pero esa seudociencia que posee no es otra cosa que la cultura jurídica aprendida en la facultad de derecho.

#### 4. La cultura jurídica y la facultad de derecho

Obviamente, esta teoría, la que aquí reseñamos, no es la que se enseña en las escuelas de derecho. Lo que allí se enseña es que las normas valen porque se dictan conforme con la Constitución. Lo cual, obviamente, es lo que quiere el poder: que una capa social especialmente entrenada diga que debe obedecerse *como derecho*, lo que el poder quiere que se haga. Por lo tanto, una comunidad indígena que tiene la mala suerte de haber quedado incluida en algún Estado “constitucionalizado”, debe regirse por las normas de esa Constitución, aun cuando ésta haya sido producida precisamente en violación de todas sus normas y precisamente como consecuencia de su conquista violenta.

Obsérvese que si se enseñara la TGD, y ésta sostuviera que las normas válidas, esto es, las que deben aplicarse, son las efectivas, entonces, dentro de la comunidad indígena, las normas que deberían aplicarse, tenerse como válidas, deberían ser las del sistema indígena y no las del Estado u orden jurídico dominante.

La cultura aprendida en la facultad de derecho contiene dos elementos de distinto grado de diafanidad, si se me permite la expresión. Es claro, diáfano, que se aprende una técnica hermenéutica. Pero no es tan claro que se introyecta una cultura estatista y monista.

En el conjunto de los discursos circulantes en la facultad de derecho está siempre supuesto que existe el Estado, y que, además, éste es uno, indivisible, soberano. La unidad del Estado es supuesta en los cursos de filosofía o ciencia política que se imparten no en todas las escuelas. Aunque, de todos modos, la enseñanza dogmática no es rozada por algunos cursos filosóficos o sociológicos. Es notable que en el aprendizaje del derecho civil, comercial, laboral, administrativo o constitucional, no se incorpora expresamente ninguna teoría jurídica. Si algún profesor tiene veleidades teóricas, tal vez comience el curso con una introducción sociofilosófica. Pero luego, en la explicación dogmática de la ley, todo se resuelve en la lectura e interpretación de los textos, dando por supuesto que existe un Estado, único, que soberanamente produjo tales textos.

Es decir, la cultura estatista es introyectada subrepticamente; no es teorizada; no es expresa; es que la tarea misma de interpretación de la ley supone lo que criticamos: que existe un solo Estado y que él produce un solo sistema jurídico. Esto sucede

porque al leer un texto e identificar en él una norma, por el solo hecho de declarar que hay allí una norma, se produce un acto lingüístico de reconocimiento de la autoridad que lo produjo. Y como esa autoridad es la misma que resulta celebrada por esta técnica de reconocimiento, y como esa autoridad se presenta como única, el declararla como autoridad implica hacerla única. En esta trampa de lenguaje se encuentra la cultura estatista y monista.

Se comprende entonces que los juristas así educados, están pertrechados para desconocer la pluriculturalidad jurídica y el pluralismo jurídico. Y se comprende el eminente servicio que la cultura jurídica rinde al poder.

#### IV. LA CIENCIA JURÍDICA Y LA EFICACIA DEL SISTEMA NORMATIVO

Conviene repetir que la ciencia jurídica es parte del fenómeno que dice estudiar. Y por tanto no es, en realidad, tal ciencia. Me refiero a la ciencia de los juristas internos, que es el tipo de saber que cierta tendencia de la TGD quiere canonizar como ciencia que merece los mismos respetos que todas las ciencias. Se trata de una tendencia, la mayoritaria, del positivismo jurídico en su vertiente analítica. Puede observarse que esta tendencia busca siempre estudiar las condiciones de producción de los enunciados que producen los juristas internos en el desempeño de sus tareas, partiendo del supuesto de que tales enunciados son "científicos". Estudian cómo proceden y han procedido los abogados, diciendo luego que eso es ciencia jurídica. Y, además, *la única* ciencia del derecho, expulsando así otras posibilidades como la sociología, la psicología, la semiología y, por supuesto, la crítica jurídica.

Esta tendencia, por otra parte, proviene de una escuela filosófica que ha desarrollado la clasificación de los usos del lenguaje entre usos descriptivos y prescriptivos. Por otra parte, es también tributaria de la filosofía que prohíbe la conexión entre ser y deber, entre descripciones y prescripciones. Y, como tributaria del positivismo de Kelsen, concibe a la ciencia jurídica como descriptiva prohibiéndole llamar científicos a discursos que contienen prescripciones, esto es, "ideología".

Con estas ideas acerca de la ciencia, la tendencia analítica de la que hablamos sostiene que los abogados producen enunciados descriptivos acerca del derecho, que pueden ser separados, metodológicamente, de los otros enunciados prescriptivos, que produ-

cen los juristas sobre la base de los primeros. De esta queda salvada, como científica, la actividad de los abogados. Pero de tal manera que si se mostrara que esa actividad es en realidad prescriptiva y al servicio de la política, dejaría de ser ciencia.

Pues bien, la ciencia jurídica, o desde nuestro punto de vista, la *cultura jurídica* aprendida en la facultad de derecho, no puede ser ciencia conforme con esos cánones, porque en realidad forma parte del fenómeno del poder; no es cierto que “estudia” el derecho: en realidad *lo hace*.

Si observamos que las formas jurídicas dominadas, como el derecho indígena, pierden siempre la batalla ante los jueces y abogados del sistema dominante, y nos preguntamos por qué es así, siendo que las normas indígenas son las válidas conforme con la teoría, la respuesta es que el sistema dominante lo es porque sus funcionarios, en uso de “la ciencia”, reconocen como válidas las normas del sistema celebrado en la facultad de derecho. Y al reconocerlas como válidas, las hacen efectivas, con lo cual, a su vez, hacen eficaz el sistema dominante.

Cuando “científicamente” se “describe” una norma, haciendo uso descriptivo del lenguaje, es decir, produciendo enunciados “objetivamente comprobables”, lo que en realidad se hace es reconocer la autoridad de quien produce las normas. Y adviértase que lo único que convierte en “legítima” tal autoridad es ese reconocimiento. No hay ninguna otra fuente de legitimidad sino el acto lingüístico del reconocimiento; del reconocimiento de que, lo que el poder quiere, es, además, lo que se “debe” hacer.

Cuando “científicamente” se “describe” una norma, es un enunciado “objetivo”, en realidad se recomienda su aplicación. De nada vale que estos positivistas digan que reconocer una norma no es lo mismo que aceptarla moralmente. Que la acepte o no, es algo que al poder lo tiene con poco cuidado; porque el rechazo ético es precisamente eso, *política*, es decir, *no científico*. Lo más importante ya se ha logrado: que cultísimos filósofos declaren la categoría científica del acto de reconocimiento del poder.

Declarar válida una norma en un enunciado descriptivo significa que esa norma “debe” aplicarse. Lo que “debe” quiere aquí decir, ha sido debatido. Pero por más discusión acerca del significado sea la que haya, de todos modos no deja de ser cierto que ese “debe” es una coacción psicológica para los jueces y demás funcionarios: todos ellos saben que no aplicar normas declaradas válidas acarrea la peor sanción a que puede ser sujeto un funcio-

nario: quedar fuera del presupuesto. Que ese “debe” sea semánticamente poco claro, no quiere decir que no sea muy claro pragmáticamente. Que los filósofos discutan qué quiere decir, no implica que sociológicamente no sea muy eficaz.

La ciencia jurídica, por lo tanto, es el elemento principal de la efectividad de las normas; es porque esas prescripciones son declaradas derecho válido, que alguien las aplica haciéndolas efectivas y dando, por tanto, eficacia general al sistema. Gratuito servicio de la ciencia al poder.

Ésta es la ciencia cuya práctica se enseña en la facultad de derecho. Que, por lo tanto, no es una ciencia según los propios cánones de quienes la declaran tal, puesto que es parte del objeto que dice estudiar: es parte del fenómeno de la efectividad que, como hemos visto, es la condición de la validez de las normas. Y si declarar la validez de una norma, es decir, describirla, es el objeto de la ciencia jurídica, pero si tal validez está condicionada por la efectividad, entonces la efectividad, efecto de la ciencia, es objeto de esa ciencia. Escamotear este fenómeno de discurso descriptivo con efectos prescriptivos, es otro de los nudos de la cultura jurídica introyectada en la facultad de derecho, junto a la ideología de la unidad del Estado.

## V. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El 28 de enero de 1992 fue reformada la Constitución mexicana, agregándosele al artículo 4º, el siguiente texto, que quedó como su primer párrafo:

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Como se ve, se reconoce la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico, en principio. Lo primero que cabe preguntar es con qué derecho el Estado mexicano “reconoce” la existencia de sociedades con mucho anteriores al sujeto *recognoscente*. Puede fácilmente entenderse que se trata de una injusticia notoria: los indígenas

estaban aquí desde antes; sólo la conquista, cruel y violenta, pudo llevar las cosas hasta esta situación. Si el artículo “reconoce” es porque previamente ese orden jurídico subsumió, ilegítimamente, las sociedades indígenas en el estado de la sociedad dominante. Es esta injusticia la que queda marcada por este artículo 4º. Lo justo sería que no hubiese ninguna razón para un artículo como éste.

Bien; pero frente al hecho consumado de la dominación, cruel y bárbara, se ha considerado ahora la necesidad de poner una cortapisa a la aplicación de la ley del Estado mexicano a las sociedades y culturas preexistentes. Si el artículo dice eso que dice, es porque los funcionarios de ese Estado no reconocían la pluriculturalidad (es obvio que si la hubiesen reconocido, nadie hubiese luchado por esta nueva redacción). Tampoco han venido reconociendo sus “lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos (éstos menos que nada) y formas de organización social (si lo hubiesen hecho no se habría reformado la Constitución).

El artículo 4º requiere, según su propia redacción, “una ley” reglamentaria. Es esa ley, que falta por dictar, la que “protegerá y promoverá” el desarrollo de su lengua, cultura y normas jurídicas. Es esa ley la que establecerá “los términos”, es decir, *la medida*, en que esas normas serán aplicables en los juicios agrarios. Por otra aparte, como se sabe, la Constitución anterior, la de 1917, que protegía las formas precapitalistas de tenencia de la tierra, ha sido reformada, de modo que en adelante, se espera, circule como cualquier otra mercancía del mundo capitalista. Esto, desde luego, pone, en el mismo nivel constitucional, una cortapisa al mentado “reconocimiento” de las costumbres jurídicas agrarias de las comunidades indígenas.

La ley necesaria para poder invocar la validez de las culturas y el derecho sometidos, no se ha dictado aún. Y no puede menos que avizorarse un agrio debate entre los sectores sociales proclives a la protección de estas sociedades cuasi-indígenas, y los que promueven el liberalismo económico. Se ha visto sobradamente que el capitalismo es refractario a todo entendimiento con formas precapitalistas de tenencia de la tierra. Y si hay una mentalidad procapitalista es la del liberalismo hoy llamado “neo”. Este conflicto entre indigenismo y capitalismo no dejará de mostrarse en la eventual discusión de una ley reglamentaria de este artículo 4º.

Y, por cierto, pase lo que pase, con ley reglamentaria o sin ella, la cultura jurídica enseñada en la facultad de derecho tendrá un papel fundamental en la suerte de esta voluntad constitucional.

Casi con seguridad habrá un sector mayoritario de juristas, “estadistas monistas”, que propondrán la clásica fórmula que consiste en aceptar la costumbre *siempre que no atente contra el orden jurídico*, dominante, agregamos nosotros. Conforme con esta ideología, la ley deberá decir que se aplicarán las costumbres indígenas siempre y cuando no atenten contra el orden *recongnoscente*. Se trata, obviamente, de una trampa. “Que no atente” contra el derecho, quiere decir que no se admitirán normas que promuevan conductas diversas a las que exige el Estado dominante. Y si no se acepta eso, en realidad, por más que lo diga la Constitución, resultará que se negará, otra vez, el pluralismo jurídico.

Sin embargo, la redacción del artículo es suficientemente confusa como para que sea muy defendible una interpretación contraria. En efecto, la Constitución dice que debe hacer una ley que debe proteger y promover el derecho indígena (costumbres y “organización social”). De modo que si tal ley no permitiese eso, sería inconstitucional y no debería aplicarse.

El artículo 4º dice luego que *en el específico caso del derecho agrario*, se respetará el derecho indígena, pero, ahora sí, *siempre que no contravenga al derecho dominante* (“en los términos que establezca la ley”, dice). Si tal ley, por ejemplo, en obediencia de la política procapitalista, destruyera las formas comunales, los defensores del liberalismo podrían decir que no se trata de una norma inconstitucional porque el artículo 4º prevé que habrá una ley reglamentaria. Pero, y esto es crucial, la redacción de la Constitución establece al derecho agrario como una *excepción*: es sólo para esta clase de conflictos para los cuales la ley reglamentaria establecerá los límites del derecho indígena. Pero para todas las otras materias no se ha establecido tal cortapisa. En todas las otras materias jurídicas, la Constitución ordena que debe dictarse una ley que debe permitir el desarrollo del derecho indígena. Es más, *debe promoverlo*. En otros términos, la Constitución manda “manos fuera” de las comunidades indígenas. Lamentablemente no manda claramente “pies fuera” de la tierra de los pueblos indios.

Puede imaginarse el resultado que tendría un recurso por inconstitucionalidad de una ley que ponga alguna cortapisa al derecho indígena, por ejemplo, en términos de matrimonio, de delitos o de formas de elección de autoridades. ¿Qué resolverá una Corte Suprema educada según la cultura universitaria del sistema dominante? ¿Tiene elementos para reconocer el pluralis-

mo jurídico cuando no tiene conciencia de la pluriculturalidad del país? Supongamos que la ley reglamentaria establezca que en términos del derecho de familia y del derecho penal, se aceptaran las normas indígenas *siempre que no sean contradictorias con la legalidad mexicana*. Y supongamos que alguien es perseguido por bigamia conforme con las leyes mexicanas. Y supongamos que el perseguido plantea la inconstitucionalidad de la ley en virtud de la cual se le persigue, aduciendo que el artículo 4º de la Constitución obliga a las leyes inferiores a aceptar como válidas las normas indígenas conforme con las cuales no hay tal bigamia. ¿Qué resolverá la Suprema Corte? Si se atuviera a la TGD, debe resolver que las normas válidas son las efectivas; y esas son las del derecho indígena que, supongamos, autorizan la bigamia. Si se atuviera a la Constitución, debe resolver que la ley es inconstitucional puesto que el artículo 4º manda que todas las leyes inferiores reconozcan el derecho indígena. Pero si se atiende a su cultura jurídica, sostendrá que no puede haber Estados dentro de Estados soberanos, que el mexicano es el Estado reconocido como garante de esta parte del planeta, y que no puede haber normas por encima de las de este Estado. Y como no reconocerá la pluriculturalidad, estará impedido para reconocer el pluralismo jurídico, declarará la constitucionalidad de la ley reglamentaria, encarcelará al indio rebelde, y contribuirá con su cultura a la efectividad de las normas del derecho dominante, y por lo tanto a la eficacia del Estado mexicano.

El reconocimiento del derecho indígena no depende por tanto de la TGD ni de la propia Constitución; más parece que depende de la cultura jurídica introyectada en la facultad de derecho. Pareciera que si no se consigue superar esta dificultad el camino no habrá comenzado a andarse en realidad. Bien sabemos que una de las maniobras del poder es la producción de normas inefectivas pero eficaces; inefectivas por incumplidas, eficaces porque coadyuvan al objetivo del poder: reproducirse.